✠ 25

POR

DON SILVESTRE DE AGVILAR, vezino de la Villa de la Higuera, (cerca de Arjona) y D. Alonſo Manuel Meſtança y Aguilar, como marido, y conjunta perſona de Doña Joſepha de Aguilar ſu legitima muger, vezina de la Villa de Arjonilla, hijos, y herederos de D. Leonor de Aguilar.

EN EL PLEYTO

CON DON ALONSO DE QVERO Piedrola y Benavides, como marido, y conjunta perſona de Doña Joſepha de Valençuela Albarracin, vezina de la Ciudad de Andujar.

PRETENDEN

DON SILVESTRE, Y DON ALONSO MANVEL, SER abſueltos de la demanda pueſta en eſta Corte por dicho Don Alonſo de Quero, para que ſe declaren, ſer proprios del Mayorazgo fundado por Don Franciſco de Valençuela Sirvente, dozientos Olivos en el ſitio de Martin Gordo, y que ſe reforme la ſentencia de viſta pronunciada, en que ſe condenò à los dichos Don Silveſtre, y Don Alonſo Manuel à la reſtitucion de dichos dozientos Olivos, con los frutos deſde el dia de la conteſtacion de la demanda.

N. 1. SI ES PRECEPTO DEL DERECHO, que ningun Abogado pueda hazer Oracion sin exordio: *Text. in leg. 1. ff. de Orig. Iur.* ibi: *Deinde si in foro causas dicentibus nefas (vt ita dixerim) videtur, esse nulla præfatione facta iudici rem exponere.* Y para no incurrir en semejante defecto, à vista de el breve tiempo concedido para hazer mi cortedad esta Alegacion, y aver de passar por la censura de V. S. pudiera dezir lo que Ciceron al Senado Romano in oratione pro Sexto Rotio, ibi: *Quapropter vos oro, atque obsecro Iudices! Vt attente bona cum venia verba mea audiatis, fide, sapientiaque vestra fretus plus oneris substuli, quam ferre me posse intelligo.* (Y prosigue el mismo Ciceron:) *Tamen animo non deficiam, & id quod suscepi, quod ad potero, perferam; quod si perferre non potero, oprimi me onere officij malo, quam id quod mihi cum fide semel impositum est, aut propter perfidiam abijcere, aut propter infirmitatem animi deponere.*

2. Siendo el hecho de donde ha de nacer el derecho, *text. in leg. Si ex plagijs 52. §. In clivo Capitolino 2. ff. ad leg. Falcid. & ad leg. Aquil.* Pudiendose este ignorar, no el punto de derecho, *ex leg. 2. ff. de Iur. & Fact. Ign. & in leg. Vnica. C. vt quæ, de S. Advocat.* que este siempre le tiene presente V. S. *ex cap. 1. de Constitut. in 6.* para que por lo que mira al hecho, mas claramente se pueda fundar la justicia que assiste à estas partes, brevemente se referirà de èl lo mas principal.

HECHO.

3. EN el supuesto, que en la Ciudad de Andujar se observa el Fuero de Baeza, y Sepulveda, que como consta de la misma ley, es: *Todo fijo herede la* — Testimonio presẽtado despues de visto el pleyto.

 bue-

buena de ſu padre, è de ſu madre en mueble, y en raiz; y el padre, y la madre hereden la buena de el fijo en el mueble, cà el padre no ha de heredar la raiz de el fijo, que de ſu patrimonio alcançò: mas la otra raiz, que los parientes en ſemble ganaren, ala de heredar el padre que fuere vivo, ò la madre en todos los dias de ſu vida, ſi el fijo ocho dias viviere; mas deſpues de el padre, è de la madre, la raiz torne à la raiz.

Eſcriptura de Dote, y Arras. Roll. fol. 53.

4. Conſiſte el hecho, que en 24. de Diziembre de 668. Don Franciſco de Valençuela Sirvente, vezino que fue de la Ciudad de Andujar, eſtando para contraer matrimonio con Doña Leonor Ambroſia de Aguilar, otorgò eſcriptura de dote à favor de la ſuſodicha de diferentes bienes raizes, y muebles, cuyo valor importò 15ᵿ977. reales, de que ay fee de entrega; y ofreciò en arras à dicha Doña Leonor 11ᵿ000. reales, que las dichas partidas de dote, y arras hazen 26ᵿ977. reales.

5. Se efectuò el matrimonio, de el qual tuvieron por ſus hijos à Don Luis, Don Miguel, y Doña Iſabel Maria de Valençuela; y ſiendo eſtos menores de 14. años, muriò la dicha Doña Leonor Ambroſia ſu madre.

6. Deſpues en 4. de Febrero de 678. dicho Don Franciſco Valençuela Sirvente, ſiendo dichos ſus hijos menores de 14. años, otorgò ſu teſtamento, baxo de cuya diſpoſicion muriò, y en èl mejorò en el tercio, y remaniente del quinto, con el gravamen de vinculo, al dicho D. Luis ſu hijo mayor, y llamò à la ſuceſsion à los hijos, y deſcendientes del dicho Don Luis en la forma regular; y en ſegundo lugar llamò al dicho Don Miguel ſu hijo ſegundo, ſus hijos, y deſcendientes en la miſma forma; y en tercero lugar llamò à la ſucceſsion à dicha Doña Iſabel, ſus hijos, y deſcendientes: y à falta de eſtos, llamò à la ſucceſsion à Doña

Maria

Maria de Valençuela, hermana de dicho Testador, en la misma forma.

7. Instituyò à dichos sus tres hijos por herederos; y en caso que estos muriessen en la edad pupilar, substituyò à dicha Doña Maria su hermana, con el gravamen de vinculo, en la forma que và referido, y hizo otros diferentes llamamientos.

8. Siendo Don Luis el hijo mayor de edad de 13. años cumplidos, otorgò su testamento, en que confessò ser mayor de 14. años: por cuya causa, y ser precisso, que para que pudiesse hazer testamento, tuviesse cumplidos los 14. *ex leg. Qua etate, ff. de Testam. ex leg. Si frater. C. qui Testam. fac. poss. ex leg. vlt. C. de Testam. milit.* aunque gozasse de el privilegio militar, *ex §. Præterea, instit. quib. n. est perm. fac. testam. ex leg.* 13. *tit.* 16. *partit.* 3. y aunque fuesse muy sagàz, y advertido, y quisiesse testar en causas piadosas, *ex leg. vlt. C. de Testam. milit.* y aunque por su Magestad se le concediesse licencia, *ex dict. leg. vlt. C. de Testam. milit.* Porque el defecto de entendimiento, y juizio, como pende de la naturaleza, no puede este defecto suplir el Principe. Vt ex pluribus tenet Ant. Gom. *in leg.* 3. *Taur.* se omite hazer relacion de esta disposicion.

9. Murieron despues dichos Don Miguel, y Doña Isabel, hermanos de dicho Don Luis, dentro de la edad pupilar; y aviendo pretendido los immediatos successores à el Vinculo, aver llegado el caso de la substitucion, y que se debia hazer la Fundacion conforme à la voluntad de dicho Don Francisco. Se opuso à esta pretension dicha Doña Leonor de Aguilar, Abuela materna de dichos Menores, pretendiendo, que dicho Fundador no avia podido hazer dicho Vinculo en todos sus bienes, respecto que por muerte de sus nietos era acreedora contra dichos bienes por la cantidad de

dicha dote, y arras; que no avia podido vincular.

10. Deducida esta pretension, la Doña Leonor de Aguilar, y los immediatos successores trataron de transigirse: y aviendo precedido informacion de vtilidad à el Mayorazgo, se otorgò escriptura de Compromisso, en cuya virtud por los Juezes Arbitros se pronunciò sentencia, por la qual para el pago à dicha Doña Leonor de los dichos bienes dotales, que avia entregado à su hija, muger de el Fundador, se le dieron 200. olivos en el sitio de Martin Gordo; en virtud de cuyo titulo los entrò posseyendo, y han posseìdo todos los successores, à vista, ciencia, y paciencia de los posseedores de dicho Vinculo, ò Mayorazgo.

11. Y estando en esta possession por el mes de Septiembre del año passado de mil setecientos y treze, por parte de dicho D. Alonso de Quero se ocurriò à esta Corte, y puso demanda à los posseedores de dichos olivos, pretendiendo se declarassen ser parte de los bienes vinculados, y se les condenasse à la restitucion con los frutos, y rentas: y aviendo salido à el pleyto dichos Don Silvestre, y Don Alonso, se pronunciò sentencia de vista, en que se condenò à dicha restitucion de dichos bienes; de la qual se suplicò por parte de dichos Don Silvestre, y Consortes, pretendiendo, que V.S. se sirva de reformarla, y que se les absuelva, y dè por libres de dicha demanda.

12. Supuesto el hecho antecedente, los fundamentos que asisten à dichos Don Silvestre, y Don Alonso Manuel para su pretension, consistiràn en manifestar, que Doña Leonor de Aguilar, suegra de Don Francisco Sirvente, Fundador, y Abuela materna de dichos menores, era legitima successora en los bienes raìzes de la dote de Doña Leonor su hija, y acreedora contra los bienes de dichos Don Francisco, Fundador, por el valor de dicha dote; Por lo qual la Funda-

cion

cion de dicho Vinculo hecha por dicho Don Francisco, no pudo existir en el valor de los bienes dotales, ni en los de dicho Fundador, en quanto à la cantidad que los bienes de la dote importaban, y debia pagar.

13. Y que siendo obligacion de dicho Fundador la restitucion de dichos bienes dotales, ò su valor, y de Doña Maria de Valençuela su hermana, como su heredera vniversal, y de los de demàs successores de dicho Vinculo, la escriptura de Compromisso, y sentencia de los Juezes Arbitros, en que se diò à dicha Doña Leonor de Aguilar para en pago de dicho credito los dozientos olivos, debe subsistir; y mediante ella, dicha Doña Leonor de Aguilar adquiriò el dominio de dichos doziẽtos olivos, y de ellos pudo disponer à su voluntad, como de cosa suya propria, y transferir el dominio à todos los successores en ellos: Por lo qual deben ser absueltos de dicha demanda.

PVNTO PRIMERO.

14. ES induvitable en derecho, como à qualquiera muger para en pago de su dote, compete la accion rei vxoriæ, ò ex stipulatu; *ex leg. Vnic. C. de rei vxor. act.* con privilegio à otro acreedor, *ex leg. 2. §. vlt. & leg. seq. ff. de Priv. Credit.* Auth. *Quo iure, C. qui pot. in pign. hab.* y tacita hypoteca en los bienes de el marido, *ex dict. leg. Vnic. §. Et vt plenius. C. de rei vxor. act. leg. Si asiduis*, versic. *Ad hæc. C. qui pot. in pign. hab.*

15. Y tambien, que la Abuela, y demàs ascendientes es, y son herederos de los descendientes ex testamento, y abintestato, *ex leg. 6. Taur.* quando los nietos mueren sin dexar descendientes legitimos, ò otros que ayan derecho de los poder heredar; porque por derecho natural se debe por los hijos à los padres,

y por los nietos à los abuelos la dicha herencia: siendo esta succesion correlativa de la que tenian los hijos à los padres, y los nietos à los abuelos, *ex cap. Si Pater. de Testam. in 6.* respecto lo qual, no parece que pudo Don Francisco Sirvente en su testamento hazer disposicion, por lo qual privasse à Doña Leonor de Aguilar, abuela materna, de la succesion, y herencia de sus nietos.

16. Mayormente quando fue por medio de gravamen de Vinculo en todos los bienes, y que el padre no pudo gravar las legitimas, antes si fue de su obligacion dexarselas libres, sin gravamen, ni condicion alguna, *ex leg. 11. tit. 4. leg. 1. tit. 11. part. 6.* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 2. cap. 1. num. 29.* versic. *In secunda.* Dom. Vela, *dissert. 11. n. 79.* D. Salg. *part. 2. Labyr. cap. 16. num. 16.*

17. Pero como al padre es permitido substituir pupilarmente à su hijo, *ex tot. tit. de Vulg. & Pup. subst. & dict. cap. Si Pater, de Testam. in 6. & leg. 31. Taur.* y por medio de dicha substitucion excluir à la madre, ò à la abuela de la herencia, que avian de sus nietos, *ex leg. 2. ff. de Vulg. & Pup. subst. leg. Sed si plures, §. Ad substitutos. Leg. Lutius, ff. eod. leg. Papinianus, §. Sed nec impuberis, ff. de inofic. testam.* porque esta herencia ilegitima, que por los hijos se debe à los padres, no es rigorosamente de derecho natural, si por derecho positivo; y por consuelo de los hijos perdidos, *ex leg. Scripto, versic. vlt. ff. vnde lib. leg. Nam, & si Parentibus, ff. de inofic. testam. leg. Iure sucursum, ff. de Iur. Dot.* aviendo Don Francisco Sirvente substituìdo pupilarmente à sus hijos, pudo excluir à Doña Leonor de Aguilar al parecer, y que passassen todos sus bienes à dicha Doña Maria su hermana con el dicho gravamen de Vinculo, sin que le pudiesse obstar la dicha ley 6. de Toro, ni los fundamẽtos anteriormente expressados.

Pa-

18. Para excluir ſemejante diſpoſicion, y ſubſtitucion, y facultad en dicho Don Franciſco Sirvente de poderla hazer, es preciſſo hazerſe cargo de la ley de el Fuero referida, ibi: *Ala de heredar el padre que fuere vivo en todos los dias de ſu vida, ſi el hijo ocho dias viſquiere; mas deſpues de la muerte de el padre, ò madre, la raiz torne à ſu raiz.* Y de la miſma ley 6. Taur. ibi: *Lo qual mandamos que ſe guarde, ſalvo en las Ciudades, Villa, y Lugares, do ſegun el Fuero de la tierra ſe acoſtumbran tornar ſus bienes al tronco, ò la raiz à la raiz.* Con que ſi en la Ciudad de Andujar ſe obſerva eſte Fuero, y ley, y la raiz ha de tornar à la raiz, y no ſe duda, que Doña Leonor de Aguilar diò en dote à Doña Leonor ſu hija, muger de el dicho Don Franciſco Sirvente, los bienes que conſtan de la carta de dote; parece ſerà legitima conſequencia, que aviendo deſpues de la muerte de el padre, ò madre la raiz tornar à ſu raiz, no pudo Don Franciſco Sirvente privar à Doña Leonor de Aguilar de la ſucceſsion de dichos bienes por medio de la ſubſtitucion pupilar.

19. Corroboraſe: Porque el teſtamento tiene fuerça de ley, *ex Auth. de Nupt. §. Diſponat. cap. 2. collat. 4. cap. Vltim. voluntas 13. quæſt. 1. cap. Tua nos, iuncta Gloſſ. 2. de Teſtam.* quando es hecho, y otorgado ſegun las leyes; porque en otra forma, lo que diſpuſiere en contra es nulo; *ex leg. Nemò poteſt 55. ff. delegat. 1. ex leg. 32. num. 9. part. 6.* y como quiera que Don Franciſco Sirvente en ſu teſtamento debiò hazer la ſubſtitucion conforme à la dicha ley de el Fuero, que ſe obſervaba en dicha Ciudad, no pudo hazer la dicha ſubſtitucion abſoluta en todos los bienes, y privar à Doña Leonor de Aguilar, abuela materna, de la legitima, y bienes dotales, que ſus nietos avian adquirido por muerte de ſu madre, porque eſtos

eran siempre, y debia succeder en ellos dicha Doña Leonor Agustina, abuela materna, y avia de bolver la raiz à la raiz. Avend. *in leg*. 6. *Taur. Gloss*. 11 *àn*. 10. *ad* 18. Rox. *de Epitom. Succes. cap*. 30. *num*. 2. Gutierr. *lib*. 2. *Pract. quæst*. 98. *dict. lib*. 2. *quæst*. 80. *n*. 6. & *quæst*. 81. y por las 15. *quæst. seqq*. Joseph. de Sesse, *decis*. 287. Avend. *in dict. leg*. 6. *Taur. Gloss*. 11. Castill. *in dict. leg* 6. *Taur*. Gloss. verb. *A el tronco*. Cervant. *in leg*. 6. *Taur. num*. 144. Casaneo *in Constit. Burg. rub*. §. 6. Y no solo no pudo executar dicho Don Francisco lo referido, pero ni pudieran sus hijos; porque aunque sea cierto, que la ley 6. de Toro diò facultad à los hijos, que pudiessen disponer de el tercio de sus bienes teniendo ascendientes, esta facultad fue para en aquellas Ciudades, Villas, ò Lugares, que no se observasse dicha Ley, y Fuero, ibi: *Lo qual mandamos que se guarde, salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares, do segun el Fuero de la tierra, se acostumbra tornar los bienes à el tronco, ò la raiz, à la raiz.*

20. Luego si Don Francisco Sirvente en su testamento debiò disponer arreglado à las leyes, y de lo contrario, qualquiera disposicion que hiziera era nula, si en dicha Ciudad de Andujar se observa el dicho Fuero, y Privilegio, y no se arreglò à èl en la substitucion que hizo, fue esta nula, y quedò libre el derecho à Doña Leonor para pedir que se le entregassen los bienes de la dote de su hija, ò en su defecto su valor; y en dichos bienes, ò en el valor de ellos no pudo existir el Vinculo, que D. Francisco fundò.

21. Porque Mayorazgo, ò Vinculo no se puede fundar, si no es de bienes proprios del Fundador, en que tenga pleno dominio para poder fundar, ò ponerles gravamen, ò condicion: lo qual no puede hazer quando los bienes son agenos, ò otro tiene derecho de succeder en ellos, *ex leg*. 12. *Tabular. sivè decem virali*

rali ibi Pater familias vti legasset super pecunia tutela ve res sua ita ius: *Esto* de cuyas palabras *rei sua* es manifiesto aver excluìdo el que se pueda hazer fundacion de Mayorazgo, ò disponer de cosas agenas, *ex leg. Filius familias* 114. *§.* 1. *&* 2. *ff. de leg.* 1. *leg. Imperator* 70. *§.* 1. *ff. de legat.* 2. *leg.* 1. *C. commun. de legat.* Tenet Roxas *de Incompat.* 3. *part. cap.* 1. *num.* 19. Luego si en los bienes de la dote de Doña Leonor tenia derecho para succeder en ellos, segun la ley del Fuero, Doña Leonor, suegra de Don Francisco, y abuela de dichos menores, no se pudo de ellos fundar Mayorazgo, ni hazer otra alguna disposicion, y el valor de los dozientos olivos, quedò libre para con ellos pagar este credito.

22. Y aunque se inste, diziendo, puede hazerse fundacion de bienes de el heredero, ò de pariente que aya de succeder: *Ex text. in §. Non solum instit. de legat. & ex leg. Vnum ex famili. §. Si rem, ff. de legat.* 2. *leg. Cum alienam, C. de legat. leg. Non dubium. §. fin. ff. de legat.* 3. *leg. Prad. C. de Fideicom. leg.* 10. *tit.* 9. *partit.* 6. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 70. P. Molin. *de Iust. & Iur. tom.* 3. *tract.* 2. *disput.* 608. *à num.* 1. Ex argumento de el legado de la cosa agena, ò de el heredero; como quiera que en los bienes de la dote, por ser como eran agenos, no pudo subsistir el legado, ò Vinculo: de aì es, que dicha fundacion tampoco pudo subsistir en dichos bienes.

23. Y si se hiziessen cargo de la distincion de el legado de la cosa agena para su validacion, que es si la legò como agena, y con cierta ciencia de ello, vale el legado, y se debe la estimacion, si el legado se hizo à persona estraña; no quando se hizo à pariente, porque en este caso vale el legado, supiesse, ò no que era la cosa agena, *ex leg. Cum rem alienam, C. de legat.*

gat. & ex leg. Filius familias. §. Si quid alicui. ff. de legat. 1. & ex leg. Mortuo bobe. §. 1. ff. de legat. 2. ex leg. Non dubium. §. vlt. ff. de legat. 3. ex leg. 10. tit. 9. part. 6.

24. Esta distincion no obsta à la pretension de Doña Leonor; pues, ò bien se pretenda, que el Vinculo ha de existir en los bienes de que se constituyò la dote, sabiendo el Fundador eran agenos: por lo qual se debe pagar à Doña Leonor su estimacion, *ex §. Non solum. 4. instit. de legat.* ò bien porque en la escriptura de dote fueron apreciados con estimacion, que causò contrato de compra, y venta, en qualquiera forma es precisso confessar à Doña Leonor acreedora contra los bienes raìzes, que diò en dote à su hija: y siendo tal acreedora, quedaron los bienes del Fundador obligados al pago de dicho credito.

25. No es de menos fundamento el que resulta de la misma substitucion hecha por dicho Don Francisco, y fundacion de el Vinculo, pues esta fue de todos sus bienes: por cuya causa no pudieron ser comprehendidos los de la dote de dicha Doña Leonor su muger, que pertenecian à Doña Leonor de Aguilar su suegra, ni en la cantidad que importaban estos, pudo permanecer la fundacion de el Vinculo; porque como no se dizen bienes de vno, si no es sacado lo que es ageno, y creditos que contra ellos ay, *ex leg. Mulier bona 72. in fine, ff. de Iur. Dot. leg. Subsignatum 39. §. Bona, ff. de Verb. Signif. ex leg. Mortis causa 31. §. fin. ff. de mort. caus. donat. ex leg. 3. in principio, ff. ad leg. Aquil. & ex leg. Non amplius 26. ff. de legat. 1.* Se sigue claramente, que la voluntad de Don Francisco, Fundador, fue hazer Vinculo de aquellos bienes que quedassen, sacado el valor de el credito de los bienes de la dote de Doña Leonor, que pertenecian à Doña Leonor de Aguilar, suegra de el Don Francis-

co;

co, y que en estos existia la substitucion, y no en aquellos que era precisso sacar para el pago de lo que debia.

26. Corroborase atendidas las palabras de la misma substitucion, pues el Fundador instituye à sus menores hijos con estas palabras: *Y en el remaniente que quedare, y fincare de todos mis bienes*. Y llegando à la substitucion, dize: *Queden dichos bienes vinculados*. De cuyas palabras se evidencia, que testò, y dispuso de lo que le quedasse libre sacado lo que debia; porque este pronombre *meus*, denota dominio. Cald. Per. *de Empt. & Vendit. cap.* 10. *num.* 2. Menoch. *cons.* 106. *num.* 182. *&* 236. *ad* 239. *& cons.* 115. *num.* 60. *& cons.* 456. *n.* 6. Con que si la institucion fue en sus bienes de el Fundador, y en los mismos bienes la substitucion, y no eran suyos los que equivalian al pago de los bienes dotales, que pertenecian à Doña Leonor de Aguilar, es evidente, que en estos no pudo existir el Vinculo, y se halla excluìda la pretension de Don Alonso de Quero.

27. Replicaràse, que en la constitucion de dote los bienes fueron justipreciados, y que por esta causa el dominio de dichos bienes passò al Don Francisco Sirvente, y pudo disponer de ellos à su voluntad; *ex leg. Quoties*, *C. de Iur. Dot. ex leg. Plerumque* 11. *ff. eod.* y que todo el aumento, ò diminucion pertenecia al marido, *ex leg. Cum dotem*, *C. de Iur. Dot.* Fontan. *de Pact. Nupt. Gloss.* 8. *Claus.* 5. *part.* 13. *num.* 8. *&* 9. Con qne en la oracion de aver instituìdo el Fundador en sus bienes à sus menores hijos, y substituìdo à dicha Doña Maria su hermana, la institucion, y substitucion comprehendiò los bienes que avia llevado en dote dicha Doña Leonor; pues estos aviendo sido, como fueron, justipreciados, adquiriò el dominio de ellos.

28. A lo qual se satisface por Doña Leonor con la distincion de la estimacion, que se haze de los bienes dotales, quando es de forma que passe à contrato de compra, y venta, ò quando no. Passa, y se celebra contrato de compra, y venta, quando se justiprecian los bienes, y el marido en la obligacion solo se obligò à pagar su precio: en cuyos terminos en semejante obligacion se celebran dos contratos; vno de constitucion de dote expressa por el marido à favor de la muger; y otro tacito, que es el de compra, y venta celebrado entre la muger, y el marido. Ita Dom. Covarrub. *in Pract. cap.* 28. *num.* 1. Hermos. *in leg.* 22. *Gloss.* 5. *tit.* 5. *part.* 5. *num.* 16. Barb. *in leg. Stimatis* 51. *ff. solut. matrim. num.* 1. Surd. *decis.* 287. *num.* 21. & 33. Fontan. *de Pact. Nupt. Gloss.* 8. *part.* 13. *Claus.* 5. *num.* 7. y en estos terminos es quando passa el dominio de los bienes dotales al marido, y puede disponer de ellos, quedando solo obligado à pagar su precio.

29. Mas si fue por estimacion que se hizo, para que constasse de el valor de los bienes, y reconocer su aumento, ò diminucion, que es quando el marido se obliga à restituir los bienes, y en su defecto su valor, y estimacion; en este caso la estimacion no causa contrato de compra, y venta, ni el dominio de dichos bienes passa àl marido; y la estimacion solo sirve, para que la muger tenga eleccion, ò à pedir los bienes, ò su valor: *Ex leg. Quod si fundus* 11. *ff. de Fund. Dot. ex leg. Estimatis* 50. *leg. Estimatæ* 51. *ff. solut. matrim. leg. Plerumque* 10. *leg. Cum potest* 69. *§. Cum res in dotem, ff. de Iur. Dot. leg.* 19. *tit.* 11. *part.* 4. en cuya conformidad fue la obligacion que hizo Don Francisco Sirvente: Por lo qual, ni el dominio de dichos bienes passò al referido, ni pudo disponer de ellos.

30. Luego si en estos terminos era electivo en Doña Leonor pedir los bienes, ò su precio, que estaba

taba obligado à entregar Don Francisco, fue acreedora legitima contra los bienes de el dicho Don Francisco, y no pudo subsistir el Vinculo en la parte de bienes correspondiente à este credito ; porque la obligacion de Don Francisco à la restitucion de los bienes dotales, ò pago de su valor, existia en todos los bienes, y en qualquiera parte de ellos: *Ex leg. Si convenerit* 18. *in principio, ff. de Pignor. act. leg. Cum convenit* 20. *ff. de Pign. leg. Nomen, C. quæ res Pign. oblig. poss.* Cevall. *Comm. contr. Comm. quæst.* 444. Dom. Vela, *dissert.* 33. *à num.* 4.

31. Demàs, que el que fuessen entregados los bienes à Don Francisco Sirvente con estimacion que causasse venta, ò no, solo le pudiera exhonerar à D. Francisco semejante obligacion de restituir los bienes, no en quanto à pagar su precio ; y como no se trata aora de que se entreguen precissamente à Doña Leonor los bienes de la dote, si, probar era legitima acreedora, ò por los bienes, ò su valor; que lo fuesse acreedora de cantidad, ò especie, lo mismo sirve à estas partes para la pretension que tienen introducida.

32. Nueva instancia se podrà hazer, què la ley de el Fuero no solo es para que se restituyan los bienes, y estos buelvan à la raiz, ibi: *Mas la otra raiz, que los parientes en semble ganaren, ala de heredar el Padre que fuere vivo, ò la madre en todos los dias de su vida si el fijo ocho dias vizquiere; mas despues de el Padre, è de la madre, la raiz torne à la raiz.* Con que si esta ley es solo para que tornen los bienes, no puede, ni debe extenderse para que Doña Leonor en su virtud pida el precio de ellos.

33. Pues esta se halla desvanecida con que prætium succedit loco rei, *ex leg. Imperator. §. fin. ff. de legat. 2. leg. Si rem, & prætium ff. de petit. hæredit. leg. Si eum servuum* 23. *leg. Si, & me, & Titium* 32.

ff. de

ff. de Reb. Credit. si cert. petat. leg. Si pro mutua, C. si cert. petat. y como no se le podian restituir los bienes, por esta causa se convenia en que se le diesse el valor de ellos, y tambien porque conforme à la obligacion que hizo Don Francisco, quedò à eleccion de Doña Leonor pedir los bienes, ò el precio; y aviendo elegido el que se le hiziesse el pago de el valor, fue lo mismo, que si se le huviessen restituìdo los mismos bienes.

34. Porque siendo, como fue, vna obligacion alternativa, como à restituir el precio, ò su valor, no tuvo obligacion Don Francisco, ni sus herederos successores en dicho Vinculo, mas que à entregar vna cosa de las contenidas en la obligacion para quedar libres de ella, *ex leg. Si ita 52. leg. Si in emptione 34. §. Si emptio, ff. de contrahenda emptione, leg. Plerumque 10. §. vltimo, ff. de Iur. Dot. leg. Quod autem 7. §. Si maritus, ff. de Donationib. inter Vir. & Vxor. leg. Si ita relictum 43. §. vltimo, ff. de legat. 2. leg. Penultima, C. de condit. indebit. leg. Si hominem 32. ff. de noxal. action.* Pues aunque en la obligacion alternativa se comprehenden ambas cosas, *ex leg. Si stichum 16. leg. Si duo 128. ff. de Verb. Oblig. leg. Stichum 96. §. 1. ff. solut. matrim.* no obstante con pagar el deudor vna de las cantidades, ò entregar vna de las alhajas comprehendidas en la obligacion alternativa, quedò exhonerado, y libre de la obligacion, *ex leg. Illud 25. ff. de constit. pecun. leg. Ex toto 8. §. 1. ff. de legat. 1. leg. Si illud 27. ff. de legat. 2. leg. Cum illud 25. ff. quando dies legat. ced. leg. Adigere 6. §. vltim. ff. de Iur. Patronat.* Fontanela *de Pactis, Claus. 5. Gloss. 8. part. 13. à num. 67.*

35. Con que no aviendose restituìdo por los herederos de Don Francisco Sirvente los bienes dotales, ni su valor, que pertenecian à Doña Leonor de Aguilar, suegra del dicho D. Francisco, y debiendo

por

por muerte de este aver tornado la raiz à la raiz, segun la dicha ley del Fuero, ibi: *Mas despues del padre, y de la madre la raiz torne à la raiz.* Si era dicha Doña Leonor legitima acreedora contra los bienes que quedaron por muerte de dicho Don Francisco, y de que se avia de componer la fundacion del Vinculo por dichos bienes dotales, ò su valor, y en esta cantidad no pudo existir la fundacion, porque fundò de sus bienes, y como no se dizen bienes de vno hasta que se aya sacado lo que es ageno: de aì es, que si en el valor de los 200. olivos se consignò à Doña Leonor de Aguilar el pago de los bienes dotales, ò su valor, dichos 200. olivos no quedaron comprehendidos en la fundacion del Vinculo, y por consiguiente, no puede pedirlos por vinculados D. Alonso de Quero.

36. Otra replica, aunque leve, podrà ser dezir: que dichos Don Silvestre de Aguilar, y Don Manuel Mestança no son vezinos, ni domiciliarios de la Ciudad de Andujar, por cuya causa parece no podiā valerse de dicho Fuero; pues observandose este solo en la Ciudad de Andujar, segun consta del testimonio presentado, solo se debe entender, y podràn gozar de dicho Fuero los domiciliarios de dicha Ciudad: y no siendolo los dichos Don Silvestre, y Don Alonso, parece no podia favorecerles para su pretension la dicha ley del Fuero.

37. Pues se satisface, con que los dichos D. Silvestre, y Don Alonso no pretenden por Fuero que tengan por su domicilio, si por excepcion oponen el que la carta de dote se atorgò en la Ciudad de Andujar, por cuya causa se debe estar al Fuero de dicha Ciudad; *ex leg.24. tit. 11. partit. 4.* ibi: *Debe valer en la manera que se avinieron ante que casassen, ò quando casaron, è non debe ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuessen à morar, è*

 esso

esso mesmo seria maguer ellos no pusiessen pleyto entre si, cà la costumbre de aquella tierra do ficieron el casamiento, debe valer quanto en las dotes, è en las arras, è en las ganancias, è non la de aquel lugar do se cambiaron. Gom. *in leg.* 50. *Taur. num.* 50. *in fin. & num.* 75. Dom. Covarr. *de Espons. 2. part. cap.* 7. *in principio*, & in verb. *Ganancias*, vers. *Aut contrahitur matrimonium.* Matienç. *in leg. 2. tit. 6. lib. 5. Recop. à num.* 65. Palac. Rub. *in Rubric. §. 55. num.* 12.

38. Y si se atiende à el testamento, se otorgò tambien en dicha Ciudad de Andujar; por cuya causa atendido el Lugar, y el Fuero, y el de la persona que testaba, debiò averse arreglado el Testador en la disposicion que hizo à el Fuero de dicha Ciudad, *ex leg. 2. C. quemadm. testam. aperiant. leg. 1. C. de Emancip. lib. leg. Fundus, ff. de Evic. leg. Cum Clericis, C. de Episcop. & Cler.* Con que si Don Silvestre de Aguilar, y D. Alonso Manuel no fundan su pretension en el Fuero que tienen, y gozan sus personas, si en el de dicha Ciudad donde se celebrò el contracto de dote, y donde se otorgò el testamento por dicho D. Francisco Sirvente, en cuya disposicion debiò observar el dicho Fuero, se halla asimesmo desvanecida esta excepcion.

39. Nuevo motivo para nueva replica se dà con aver opuesto esta excepcion del Fuero de Sepulveda, que se observa en dicha Ciudad, despues de estar visto en Revista dicho pleyto, por cuya causa se podrà dezir de contrario, no ha sido oìdo sobre esta excepcion; y necessitando de nueva defensa todas aquellas cosas que sobrevienen de nuevo, *ex leg. de Ætate, §. Ex causa, ff. de interrogator act. leg. 1. in fin. ff. de vent. inspic.* por consiguiente, no puede determinarse sobre ella, pues no ha podido deliberar en su vista, si

avia

avia de ſeguir, ò no el pleyto ; opueſta ſemejante excepcion: *ex leg. nec cauſam, C. de Appellat.*

40. Para cuya ſatisfaccion, es preciſo reconocer ſi la accion deducida por Don Alonſo de Quero, en eſte juizio contra eſtas partes, es real, ò perſonal, y ſi ſon actores, ò Reos; porque ſiendo, como es vna accion reivindicatoria, y que por ella dà à entender Don Alonſo, como poſſeedor del Mayorazgo, pertenecerle dichos bienes, y ſer proprios de dicho Mayorazgo; y eſtando expreſſada la cauſa, es preciſo conozca el Reo demandado, las excepciones que le competen oponer, y no pudiendo ſer el Reo de peor condicion, que el actor, *cap. 2. §. 4. quæſt. 4. cap. Non licet actori 32. de reg. iur. in 6. leg. non debet. ff. eodem.* Dom. Valenç. *conſ.* 181. *num.* 18. Si à el actor le es licito, no ſolo alegar para juſtificacion de ſu accion, todo lo que le pareciere conveniente, ſino es tambien enmendar la accion: *ex leg. 4. §. detracta, ff. de nox. action. leg. cum Fundum, 18. §. final, ff. de Vi, & vi. leg. Siquis 7. C. ad leg. Iul. de Vi. leg. final. C. de error. advocat. leg. huiuſmodi* 84. *§. qui ſervum. ff. de legat.* 1. Tambien le ſerà licito lo miſmo à el Reo, y enmendar ſu excepcion que tiene opueſta.

41. Mayormente, quando en la excepcion que es de qualidad, mediante la qual pretende excluir la accion, y que quitada la qualidad, quedàra confeſſion clara, en los terminos que lo explica el ſeñor Don Franciſco de Amaya, *in leg. 1. C. de iur. Fiſc. à n.* 30. *ad* 38. que en eſte caſo, en lo que mira à la prueba de ſu excepcion, ſe debe entender actor: *ex leg. 1. ff. de except. leg. Si pactum. 9. ff. de Appellat.* Y tambien; porque aunque no fueſſe en eſta forma, à el Reo le es licito oponer muchas excepciones, aunque ſean contrarias: *ex cap. Nullus pluribus de reg. iur. in 6.*

Thuſc.

Thuſc. *litt. C. concluſ.* 1005. *num.* 26. Alvar Velaſc. *litt. C. num.* 217. Barboſ. *Axiom.* 58. *num.* 9. Rox, *de Incompat.* 6. *part. cap.* 3. *n.* 9. & 10.

42. Y para ſu juſtiſicacion, ſe han podido preſentar los dichos teſtimonios; porque aunque la cōclufsion de el pleyto, es cierta renuncia de alegar, y probar mas en el pleyto: *ex cap. Paſtoralis, de Cauſ. poſſeſſ. cap. Auditis, de procurat. Gloſſ. in cap. Significaverunt Verb. liquere de teſtib. Authent. de teſt. §. Quia verò.* Por cuya cauſa parece, que deſpues de averſe concluido en el pleyto, y por eſte medio hecho la renuncia de alegar, y probar, no ſe deben admitir à los litigantes nuevos inſtrumentos: *ex Argument. in cap. periculoſum* 2. *quæſt.* 1. Pues la concluſion es termino excluſsivo de toda eſpecie de prueba: *ex Gloſ. in dict. cap. Significaverunt Verb. liquere.* Y eſta hecha, y conſtando de los Autos, no eſpera otra coſa mas, que la ſentencia; ex Mautic. *in Dialog. relat. part.* 3. *cap.* 52. *num.* 1. Sylva, *Reſponſ. lib.* 1. *Reſponſ.* 15. *quæſt.* 11. *num.* 12. Pareja, *de Inſtrum. ædict. reſolut.* 3. *limit.* 4. *num.* 71.

43. Es comun practica de eſta Chancilleria, el que ſe puedan preſentar, y preſenten inſtrumentos, no ſolo deſpues de concluſo el pleyto, ſino es eſtando viſto, como no ſe aya votado, fundada en la doctrina de el ſeñor Covarrub. *in Prax. cap.* 20. *num.* 8. verſ. *Sic ſanè*, Suarez, *Allegat.* 5. *num.* 8. Cevall. *Comm. contra comm. quæſt.* 650. *per tot.* Coſta, *de Fact. ſcientia, & ignorant. inſpect.* 99. *num.* 1. Paz, *in Prax.* 1. *tom.* 7. *temp. part.* 1. *num.* 34. & *tempore* 8. *num.* 144. Con tal, que ſe hallen de nuevo; *ex dict. cap. Paſtoralis, de except. leg.* 34. *in fin. tit.* 16. *partit.* 3. *leg.* 1. *tit.* 2. *leg.* 1. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidian. cap. fin.* 3. *part.* §. 2. *num.* 11. Dom. Covarrub. *in Pract. cap.* 20. *num.* 8.

Dom.

Dom. Gonç. *lib. 2. Decret. cap. 9. de Fid. Instrument. num. 7.*

44. La razon es; porque la renuncia que se induce hecha por la conclusion, no se debe entender de el derecho, que despues de hecha la conclusion tuvieron noticia: Argument. text. *in leg. Legitimam* 8. *ff. de petit. hæredit. leg. Mater decedens* 19. *§. Caterum, ff. de inoffic. testam.* Rodrig. *de Exam. Proces. cap.* 8. *num.* 17. *ad med. leg. Oratione* 8. *ff. de Ferijs,* ibi: *Et maximè si cali, quid inopinatum emergat.* Por la misma causa alegada, que las cosas que de nuevo ocurren necessitan de defenderse, *ex leg. de Ætate, §. Ex causa, ff. de interrogat. act. leg.* 1. *in fin. ff. de vent. inspiciend.* y como el tiempo concedido para presentar instrumentos, corre desde el dia que se tiene la noticia de ellos, y no antes, *cap. Pastoralis, de Except. cap. Circa, de Elect. in* 6. Barbos. *in Collect. in dict. cap. Pastoralis, num.* 20. siendo la prueba de averse ignorado antes el juramento de estas partes, baxo de el qual dizen no aver tenido antes noticia, por la qual sucede este juramento en fuerça de plena, y concluyente probança, *ex cap. Præsent.* 31. *in princip. de Testib. & atestat. cap. Cum in tua, qui matrim. acas.* Gloss. *in cap. Significasti,* verb. *Si ita est, de homicid.* Dom. Covarr. *in Prax. cap.* 32. *n.* 4, vers. *Caterum,* Carroc. *de Remed. contra praiudic. sentent. except.* 49, *ex num.* 65. *ad* 71. se sigue no obstar à estas partes averlos presentado en dicho tiempo, para que se aya de determinar en su vista sobre las pretensiones deducidas.

45. Con que si por los instrumentos presentados se justifica, que en dicha Ciudad se observa el Fuero de Baeza, y Sepulveda, y segun este, la raiz debe bolver à la raiz, y arreglado à este Fuero, y ley debiò D. Francisco Sirvēte aver hecho la substituciō pupilar, y fundacion del Vinculo, y en otra forma fue nula la

 que

que executò contra dicha ley de el Fuero. Se avrà de confessar, que en lo que excediò, y en quanto por el dicho testamento, y substitucion comprehendiò, y fundò el Vinculo de todos los bienes, no pudo este existir en la parte que importaban los bienes raizes comprehendidos en la dote de Doña Leonor, muger de Don Francisco, en que avia de succeder Doña Leonor de Aguilar su madre, y que por dicha cantidad era legitima acreedora contra dichos bienes.

PVNTO SEGVNDO.

46. COnsiste en la validacion de el titulo, en cuya virtud entrò à posseer Doña Leonor los 200. olivos, que fue la Escriptura de Compromisso, y sentencia de los Juezes Arbitros, para lo qual es precisso fundar, que las personas que otorgaron la Escriptura, y los bienes que se comprehendieron en ella, y sobre que se otorgò, eran capazes de poderse transigir, y arbitrar sobre ellos.

47. Que no se pudo celebrar el Compromisso, y transaccion, se responderà por Don Alonso con el fundamento, que el Posseedor del Mayorazgo no puede celebrar compromisso, ni transaccion sobre bienes de el Mayorazgo; porque como entra el successor en dichos bienes por su proprio derecho, no puede perjudicarles el facto de el Posseedor su antecessor; *ex leg. 2. C. res inter alios fact. leg. Si stipulatus 15. §. Si ex duobus, ff. de Fideiussor.* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 4. cap. 9. à num. 7.* Dom. Solorç. *de Iure Indiar. lib. 2. cap. 14. num. 57.* Dom. Olea *de Cess. Iur. tit. 2, quæst. 1, num. 57.* Dom. Castillo, *lib. 4. Controvers. cap. 35, num. 38, & de Aliment. cap. 36, §. 2. ex num. 69.* Es assi que los 200, olivos eran bienes de el Mayorazgo fundado por Don Francisco Sirvente,

vente, y parte de los que quedaron por su fin, y muerte: Luego no pudo Doña Maria de Valençuela su posseedora, y primera llamada, ni otro successor, celebrar el Compromisso, y transaccion sobre dichos bienes.

48. Antes de passar à satisfacer à el argumento antecedente por lo que conduce para los demàs fundamentos, se supone no ay diferencia entre el Compromisso, y la transaccion. Ita Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 1. Dom. Valenç. Velazq. *cons.* 11. *num.* 30. Azeved. *in leg.* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop. num.* 7. Mieres *de Maiorat.* 4. *part. quæst.* 22. *num.* 7. Peregrin. *de Fideicommis. art.* 52. *num.* 72. y que es valido el argumento de Compromisso, y transaccion. Tiraquel. *de leg. Connub. Gloss.* 5. *quæst.* 20. *num.* 205. Miger. *de Laudem, tom.* 2. *quæst.* 38. *n.* 34. Barbos. *in loc. commun. argument. loco* 110. *& in Collect. ad cap. Contingit* 8. *de Arbitris, num.* 14. Hieronim. de Leon, *decis.* 169. *num.* 2.

49. En cuyo supuesto por parte de dichos Don Silvestre, y Don Alonso se pudiera responder à la proposicion del fundamento alegado por Don Alonso de Quero, que el Posseedor de el Mayorazgo interin està en la possesion, es verdadero dueño de los bienes de dicho Mayorazgo, ex Dom. Molin. *de Hispan. Primogen. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 10. *cum sequenti, & lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 6. Et ibi Add. Gutierr. *lib.* 2. *Pract. quæst.* 17. *num.* 2. *& lib.* 3. *quæst.* 89. *num.* 7. Barbos. *in leg. Divortio, ff. solut. matrim. part.* 1. *num.* 6. Giurb. *decis.* 69. *ex num.* 37. *cum sequent.* Carvall. 2. *part. num.* 389. vers. *Ab hoc tamen receptissima sententia.* Pues aunque el tal Posseedor està obligado à la restitucion de los bienes à el immediato successor interin no llega el caso de la restitucion, y lo està posseyendo, es dueño de ellos, *ex leg. Generaliter, leg. Sub conditione, ff. qui, & aquibus, leg. Iulianus, §. Fin.*

C. de legat. leg. Species; ff. de aur. & argent. legat. leg. fin. ff. de Vsufruct. ear. rer. y que por esta causa parece que el Posseedor podia transigirse sobre dichos bienes de el Mayorazgo.

50. A pariedad del heredero gravado à restituir los bienes con fideicommisso, que puede comprometerse sobre los bienes de la herençia en perjuizio de el Fideicommissario, y obligarle à que dè fiança de estar por lo executado por el heredero sobre dichos bienes, y compromisso que huviesse celebrado, *ex leg. Cum hareditas 36. ff. ad Senat. Conf. Trebell.* ibi: *Si ante cum harede compromissum est puto Fideicommissarium cavere debere haredi.* Y con el mismo Fideicomissario puede transigirse, y comprometerse, *ex leg. Cum proponas 16. C. de Pact. leg. Lucius 78. §. fin. ff. ad Senat. Consult. Trebell. leg. Fideicommisso 11. C. de Transact. leg. Qui Roma, §. Duo fratres, ff. de verb. obligat. cap. Rainaldus, de Testam.* Mantica *de Tacitis, & Ambig. Convent. lib. 26. tit. 4. num. 20.* Peregr. *de Fideicom. artic. 52. num. 108. cons. 60. num. 3.* Menoch. *cons. 322. num. 66.* Fussar. *de Substit. quaest. 562.*

51. Y assimismo à pariedad de el vassallo que puede transigirse, y comprometerse sobre el feudo, *ex cap. 1. §. Penult. si de feud. defunct. fuerit. cont.* ibi: *Transigere rectè poterit.* Cap. 1. de Controversi inter vassall. ibi: *Et si pro eo aut contra eum iudicatum fuerit, vel cum adversario transexerit dummodo fraudulenter actum non sit, etiamsi post beneficium Domino aperiatur tale erit ac si eo causam agente iudicatum fuisset, & ideò ab eo ratum habere opportet.* Gratian. *discept. 476. num. 2. & 3. & discept. 846. num. 1.* Dueñas *in Regul. 40. limit. 2.*

52. Mas no necessitan de semejante recurso; porque negando la proposicion menor del sylogismo

mo formado por parte de dicho Don Alonso, que consiste en que los dichos dozientos olivos eran bienes del Vinculo, como se prueba en los fundamentos alegados en el Punto antecedente desde el §. no se inferirà la consequencia, antes si justificado ser falsa dicha proposicion menor, y que dichos dozientos olivos eran bienes libres, en los quales, y en todos los demàs bienes que quedaron por muerte del Fundador, existia la obligacion à pagar à Doña Leonor de Aguilar el valor de los bienes raìzes, que llevò en dote su hija, ò restituir los mismos bienes, resulta notoriamente, que la fundacion del dicho Vinculo existiò en los bienes que quedaron, hecho el pago à Doña Leonor de su credito, en el valor de los dichos dozientos olivos.

53. Nueva instancia se harà por parte del dicho Don Alonso, diziendo, que el dicho Compromisso fue nulo; pues aunque por ser los dichos dozientos olivos bienes libres, y que sobre ellos pudiera celebrarse Compromisso, ò transaccion: lo repugna la naturaleza de los bienes, cuya restitucion, ò pago de su valor pretendia Doña Leonor; pues aviendo de bolver la raiz à la raiz, y el tronco al tronco, segun la dicha ley del Fuero, no pudo celebrarse Compromisso, ni transaccion de dichos bienes. Ita ex pluribus tenet Valer. *de Transact. tit. 4 quæst. 2. à num. 80.* Pater Molin. *de Iust. & Iur. tract. 2. disput. 557. num. 3. vers. Qui alienare.*

54. Pues se responde, confessando lo decisivo de la ley del Fuero, que siguen Azev. *in leg. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. num. 89,* Giurb. *ad Consuet. Mesan. cap. 12, Gloss. 4, num. 1,* Roxas, *in Epit. Succes. cap. 30, num. 2, ad 12,* Pater Thomàs Sanchez, y Precep. Decal. *lib. 7, cap. 7, num. 9,* Avend. *in Respons. Iur. Respons. 5, num. 5, vers. Idem est, dicendum.* Alter Avend. *in leg. 6, Tauri, Gloss. 11,* Gevall. *com. contra*

com. quæst. 485, *num.* 9, Cervant. *in leg*, 6, *Tauri*, *num.* 144, y que ha de bolver la raiz à la raiz, y el tronco al tronco, por cuya causa el Don Francisco Sirvente, Fundador, estaba obligado à restituir los bienes, ò pagar su valor à Doña Leonor; y asimesmo se confiessa, que siendo bienes obligados à restituir, no pudo Don Francisco Sirvente disponer de ellos, ni hazer Compromisso, ni transaccion, y solo se niega esta prohibicion en Doña Leonor.

55 La razon es: Porque entre las personas à quien està prohibido el Compromisso, no se comprehende la muger de los bienes de su dote, ni el Fideicomissario: expressalas Dom, Gonçalez, *lib*, 1, *Decret. cap*, 2, *tit*, 36, *num.* 4, ni entre los bienes de que es prohibido el Compromisso, ò transaccion, se comprehenden los bienes de la dote, vt videre est in Dom, Solorçano *de Iure Ind. lib*, 1, *cap*, 14, *num*, 57, Dom. Olea *de Ces. Iur. tit*, 2, *quæst*, 1, *num.* 46, por cuya causa, y siendo Doña Leonor de Aguilar la que avia de percebir los bienes de la dote de su hija, ò su valor, pudo esta celebrar la transaccion, y Compromisso en la forma que se celebrò, asi porque siendo en beneficio de la referida la ley del Fuero, cuyo beneficio pudo renunciar, *ex leg.* 69, *ff. de Regul. Iur.* con las concordantes.

56 Como tambien, porque renunciado el beneficio de la ley del Fuero, para que fuessen los mesmos bienes de la dote los que avian de bolver à dicha Doña Leonor de Aguilar, y contentandose en que se le pagasse su valor en los dozientos olivos, quedò solo en Doña Leonor accion para que se le pagasse el valor de los bienes dotales, sobre lo qual se pudo celebrar Compromisso, ò transaccion, *ex leg.* 1, *ff. de Pact. Dotal. leg, Titia* 48, *ff. de solut.* mayormente quando de la dicha transaccion resultaba vtilidad à favor

de

de la dicha Doña Leonor, y assimismo del Vinculo, requisito essencial para la validacion, *ex leg.* 21. & 38. *C. de Transact. leg.* 1. *ff. eodem, leg.* 5. *C. de Repud.* Azeved. *in leg.*4. *tit.*21. *lib.* 4. *Recop. num.* 3. *in fin.* ibi: *Transactio propriè fieri non potest, nisi hinc inde aliquo dato retento; vel promisso alias nihil agitur.*

57. Que fuesse vtil, assi à Doña Leonor, como à el Vinculo, demàs de las vtilidades de apartarse del seguimiento del pleyto, que refiere Valer. *de Transact. in Proem. à num.* 3. *ad* 16. se prueba, pues por medio del Compromisso quedaron por bienes del Vinculo, los que eran de la dote de dicha Doña Leonor, y esta sin pleyto percibiò el valor de los bienes dotales, à cuyo pago estaba obligado el Fundador, sobre lo qual fue dicha transacion valida, no ostante que en la obligacion que hizo Don Francisco, contuvo la alternativa de restituir los bienes, ò pagar su valor, *ex leg.* 1. *leg. Et tale prædium, ff. de fundo dotali, leg.* 1. *C. eodem.* Auth. *Sivè à me, C. ad Senat. Consult. Beleian. leg. Vnica,* §. *Cum lex, C. de rei vsor. act.* §. 1. *instit. quib. alien. licet. vel non.* Hermos. *in leg.* 21. *tit.* 5. *partit.* 5. *Gloss.* 5. Fontan. *de Pact. Nup. Claus.* 7. *Gloss.* 3. *part.* 13. *num.* 16. Dom. Olea *de Cess. Iur. tit.*2. *quæst.*2. *num.* 46.

58 Y tambien porque por medio del Compromisso retuvo el Mayorazgo los bienes de la dote, en cuyos terminos es valida la transaccion que haze el Posseedor, ex Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.*4. *cap.* 9. *à num,* 22. Dom. Solorç. *de Iur. Ind. tom.* 2. *lib.*2. *cap.*14. *num.*57. Cyriac. *controv.* 3. *per totam, præcipuè à num.*22. Barbos. *de Potest. Episc.* 3. *part. alleg.*95. *num.* 63. Y en los mismos terminos fuera licita la transaccion, ò Compromisso à el menor, ò Iglesia. Idem Hermos. *in dict. leg.*4. *tit.*5. *part.*5. *Glos.*2.

ma-

mayormente quando intervino informacion de vtilidad, y aprobacion del Juez. Dom. Vela, *dissert.* 38. *num.*63. & 71. Dom. Castill. *de Alim. cap.*63. Barb. *de Iur. Eclesiast. lib.* 3. & *de Potest. Episc. alleg.* 95. y es texto expresso in leg. *Lex quæ tutores* 22. vers. *Præcipimus*, *C. de Administ. Tutor.*

59. Luego si la prohibicion era para que Don Francisco Sirvente, Fundador, ni sus herederos pudiessen celebrar Compromisso, ò transaccion de los bienes que se avian de restituir à Doña Leonor, introducido esto a favor de la susodicha, y esta no quiere valerse de este privilegio, y acepta de la obligacion alternativa el que se le pague el valor de dichos bienes, fue valido la dicha transaccion, y Compromisso.

60. Corroborase, porque à el marido le es prohibida la enagenacion de los bienes dotales, ò transaccion, ò Compromisso sobre ellos, quando no consiente la muger, ni interviene esta en la enagenacion, *ex leg.*1. & *leg. Tale prædium, ff. de fund. dot.* Fontanel. *de Pact. Claus.* 7. *Gloss.* 3. *num.* 17. Luego si Doña Leonor era quien avia de percebir los bienes, y esta no le està prohibido celebrar Compromisso, ò transaccion, si al heredero gravado à restituir, no le es prohibido transigir con el Fideicommissario, *ex leg.* 1. & *leg. Cum proponas* 16. *C. de Pact.* y este Compromisso se celebrò entre Doña Leonor, que avia de percebir los bienes, y el heredero de Don Francisco, que como tal estaba obligado à pagar el valor de los bienes, ò restituirlos precissamente, y quando ay precision, es valida la transaccion, ò Compromisso. Ex Dom. Molin. *de Hispan. Primog. dict. lib.*4. *cap.*9. *num.*29. & 30. Dom. Castill. *de Alim. cap.*36. *§.* 2. *num.* 56. el dicho Compromisso fue valido.

61. Que huviesse precision en el heredero de Don Francisco à la restitucion de los bienes, ò pago

de

de su valor, resulta de la obligacion que Don Francisco otorgò, la qual passò à su heredero por la adicion de la herencia; por cuya causa, aunque en el heredero huviera algun impedimento, la obligacion, y precission contraìda en Don Francisco à restituir los bienes, ò pagar su valor, habilitò al heredero, Dom. Salgado *de Reg. Protect. part.* 1, *cap.* 1. *num.* 103, *& de Suplicat. ad Sanct. part.* 1, *cap.* 4, *num.* 47. Dom. Salç. *de leg. Polit. lib.* 1, *cap.* 12, *num.* 31. Bobad. *lib.* 2, *Polit. cap.* 21. *num.* 71. *& cap.* 17, *à num.* 109. *& cap.* 18, *num.* 518. Barbos. *vot.* 97. *num.* 102, Cancer. 3. *part. Var. cap.* 14. *num.* 8. No debiendose entender la prohibicion de no enagenar puesta por el Fundador en semejante caso, en que tenia obligacion, y precission à pagar la dicha cantidad: ex Dom. Olea *de Ceff. Iur. tit.* 2, *quæst.* 2, *ex num.* 5, Dom. Vela, *dissert.* 5, *ex num.* 45, Dom. Valenç. *cons.* 187, *num.* 36. Carlev. *de Iudit. tit.* 3, *disput.* 3, *num.* 20. Menoch. *cons.* 688. *num.* 28. Giurb. *ad Cons. Mensan. cap.* 14. *Gloss.* 6, *num.* 1.

62 Luego si en el heredero avia precission à restituir à Doña Leonor los bienes, ò en su defecto su valor, y en casos precissos no se debe entender prohibicion de enagenacion el Compromisso, y transaccion, que se celebrò entre Doña Leonor de Aguilar, y el heredero de Don Francisco, fue valida, mayormente quando si se atiende à el vtil que se seguia à Doña Leonor, era recuperar, y percebir los bienes de la dote de su hija, ò su valor, en cuyos terminos nunca es prohibida la transaccion, no solo de bienes troncales, que no pueden tener mas vinculo à restitucion, que los bienes de Mayorazgo; pero aunque fuessen de esta naturaleza, se podia celebrar transaccion por el Posseedor; ex leg. *Si profundo* 33. *C. de Transact.* P. Molin. *de Iust. & Iur. tom.* 3, *disput.* 556, *num.* 8. Mieres *de*

Maiorat. 4.part. quæst.22, ex num.8, ad 60. Valasc. *consult.*116, *num.*10. Gratian. *discept.*476, *num.*12, Morl. *in Empor. Iur. tit.*4. *quæst.*3, *num.*9, & 15, & 16. Valer. *de Transact. tit.*4, *quæst.*2, *num.*31.

63 De cuyos antecedentes se sigue, que si à el heredero gravado le es permitido celebrar transaccion con el Fideicommissario de los bienes que le avia de restituir, sin que le obste la obligacion à la restitucion, fue valida la transaccion, que se celebrò entre el heredero de Don Francisco, y Doña Leonor. Si eran los 200. olivos bienes libres, y no vinculados, no huvo incapazidad de poderlos transigir. Si aunque fuessen vinculados, por aver sido de cosa precissa à su pago, y restitucion, debe subsistir la transaccion; la que se celebrò por el heredero de Don Francisco, y Doña Leonor, fue de cosa precisso à su pago, como legitimamente acreedora que era Doña Leonor. Si fue vtil, assi à el Mayorazgo, como à Doña Leonor; si esta, y el Posseedor trataron de retener, el Posseedor los bienes de la dote, y Doña Leonor su pago de los bienes de la herencia de D. Francisco, justamente adquiriò en virtud de dichos titulos los dichos 200. olivos, sin que huviesse avido repugnancia, ni ex parte de las personas, ni de parte de los bienes para que se celebrasse dicho Compromisso, y transaccion.

64. Pronunciòse sentencia por los Juezes Compromissarios, por la qual se diò à Doña Leonor para en pago de los bienes de la dote de dicha su hija los 200. olivos, de la qual, ni se apelò, como pudiera averlo executado el heredero de Don Francisco, *ex cap. Ab arbitris* 11. *de Offic. de Legat. & leg. Arbitrio* 9. *ff. aquib. appell. lic. vel non*; ni se pidiò se reduxesse à arbitrio de buen varon, *ex leg.*23. *tit.*4. *partit.* 3, por lo qual, y averse consentido dizen Don Silvestre, y Don Alonso, que dicha sentencia fue, y es titulo

tulo bastante para la adquisicion de el dominio de dichos 200. olivos, assi porque por su naturaleza fue exequible, *ex leg.4, tit.21, lib.4, Recop. & ex leg.35. & leg.23, tit. 4. partit. 3*, como por averla consentido, y vsado de ella las partes, con cuyo consentimiento quedò subsanado qualquier defecto, que pudiera aver padecido, *ex cap. Per tuas, de Arbitris, & leg. Diem 27. §. Stari, ff. de Arbitris.*

65. Y tambien, porque contra dicha sentencia no se ha dicho, que contuviesse injusticia, y que fue pronunciada contra derecho, *ex leg. Ita demum, ff. de Arbitris, leg. Arbitror. C. eod.* ò que contuviesse mandato torpe, *ex leg. Quidam 21. ff. de Arbit.* ò que huviesse contenido dolo de parte de los Juezes Compromissarios, ò de parte de los Litigantes, *ex dict. leg. Demum, & ex leg. Si soror 8. C. de Collat. leg. Eleganter 7. ff. de dol. leg. 3, §. fin. ff. pro soc.* ò que la determinacion no fue arreglada à lo contenido en el Compromisso, ni pronunciada dentro de el termino para ello concedido, *ex leg. Non distinguemus 37. §. de Officio, ff. de Arbitr. cap. Examinata 7. de Confirmat. vtil. vel in vt.* Cyriac. *controv. 350. num. 8, & 9.* por no poderse extender el Compromisso, ni à mas cosas, ni mas terminos, que el que en èl se expressa, *ex leg. Si de certa, C. de Transact. & ex leg. Quid tamen, §. 5. ff. eodem. Leg. Licet, C. de Iudic. leg. Iubemus 21. C. ad Senat. Cons. Belei. leg. Cum Aquiliana, ff. de Transact. leg. Paulus, ff. quib. mod. Pign. vel hypoth. solvit.* Dom. Valenç. Velazq. *cons. 11. num. 6.* ò que dicha sentencia se pronunciò sin citar à las partes, y ausentes estas, *ex dict. leg. Diem 27. §. Si quis 4. ff. de Arbitri*, ò que se pronunciò en dia feriado, *ex leg. Pomponius 13, §. Arbitror, ff. eodem, leg. 3. C. de Ferijs.*

66. Por cuya causa dizen Don Alonso, y

Don

Don Silvestre, que dicha sentencia es titulo bastante para que Doña Leonor adquiriesse el dominio de dichos 200. olivos, assi porque la transaccion transfiere el dominio de la alhaja, sobre que se celebrò la transaccion, *ex leg. Eius rei 47. ff. de rei vindicat. leg. Cum solus 29. ff. de vsu, cap. Pro emptor. leg. Tam ex contractibus 57. ff. de Iudic. leg. In causæ la 2. §. Si ex parte, leg. Qui proprio 46, leg. Post littem, ff. de Procurat. leg. Nihil arbitremur, C. eodem.* Dom. Olea *de Cess. Iur. tit. 6, quæst. 7, num. 6, & 22.* como porque no aviendose apelado de dicha sentencia, sì consentido, y vsado de ella, passò à cosa juzgada; vt tenet Pareja *de Instrum. Ædit. tit. 6. resolut. 9, num. 5.* Ricc. *part. 6. Collect. 2186, & part. 7, Collect. 2539. & Collect. 2819.* Cevallos *de Cognit. per viã violent. quæst. 9.* Dom. Covarr. *in Prax. cap. 15. num. 2, in princip. & cap. 33, num. 2.* Es assi que la sentencia passada en cosa juzgada, no se puede dezir contra ella, *ex leg. 4. tit. 21. leg. 25. tit. 23. partit. 3. leg. 3. & 4. tit. 17. leg. 2, tit. 19, lib. 4, Recop.* y pone fin à el pleyto, y accion deducida, *ex leg. 2, ff. de Re Iud.* y solo con el pretexto de nuevo instrumento se puede instar en la accion sobre que cayò la determinacion, *ex leg. Sub specie, C. de Re Iudicata*: Luego el titulo en cuya virtud adquiriò Doña Leonor, y los demàs que traen causa de la referida, fue titulo justo, contra el qual no puede dezir Don Alonso de Quero, assi por lo que mira à la transaccion, que tiene fuerça de cosa juzgada, *ex leg. Non minorem 20. C. de Transact. leg. 1. C. de Error. Cal.* Dom. Valenç. *cons. 88. n. 6. & cons. 175. num. 39. & 40.* Fontan. *decis. 379. num. 54, & decis. 174. num. 14.* Pareja *de Instrum. Ædit. tit. 7. resol. 3. n. 88.* como por la misma sentencia consentida.

67. Y tambien, porque para que de contrario se pueda dezir contra el dicho Compromisso, y

tran-

transaccion, no debia ser oìdo en otra forma, que restituyendo antes los bienes dotales, con que se quedò en fuerça del dicho Compromisso; pues siendo lo mismo Compromisso, que transaccion, siendo requisito para impugnar la transaccion, aver de restituir primero lo que por ella recibiò, *ex leg. Si diversa* 14. *C. de Transact.* Dom. Castill. *de Alim. cap.* 36. *§.* 2. *num.* 41. Dom. Valenç. *cons.* 175. *à num.* 47. Ex plurib. Valer. *tit.* 4, *quæst.* 1. *per totam*, era asimismo precissa la restitucion de los bienes dotales para impugnar el Compromisso.

68. Sin que à lo referido le pueda obstar no averse deducido esta accion por el Abogado, que ha defendido el pleyto, respecto que la omission de este, no puede perjudicar à los dichos Don Silvestre, y Don Alonso Manuel, *ex leg. Errores* 2. *C. de Error. Advocat. leg.* 9, *ff. de Iur. & facti ignor. leg.* 92, *ff. de Regul. Iur. leg.* 8. *tit.* 6. *partit.* 3. D. Greg. Lop. *in leg.* 1. *tit.* 13. *partit.* 3, *Gloss.* 2. *leg. Error.* 3, *C. de Iur. & facti ignor.* Con que si segun la ley del Fuero, los bienes que diò en dote Doña Leonor de Aguilar à su hija, por aver muerto esta, y sus menores hijos dentro de la edad pupilar, no pudo el Padre substituirlos pupilarmente en los bienes de la dicha dote, pues debian estos bolver la raiz à la raiz, y el tronco al tronco, si en conformidad de esta obligacion los bienes que quedaron por muerte de D. Francisco Sirvente, estaban obligados à la restitucion de los bienes, ò en su defecto el pago de su valor, y no pudo existir el vinculo fundado por Don Francisco en todos los bienes, si no es sacado lo que era ageno; si quien avia de percebir los dichos bienes de la dote era Doña Leonor de Aguilar, en su nombre podràn dezir Don Silvestre, y Don Alonso Manuel con la *ley* 6. *ff. de Iur. Dot.* *Quæ si iure succursum est patri, vt filia amissa solatij loco cedere redderetur*

ei dos ab ipso profecta ne, & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentire, para que la memoria no buelva a renovar el dolor, que tuvieron en la muerte de Doña Leonor su Abuela, se sirva V. S. reformar la Sentencia de Vista, y que se les absuelva, y dè por libres de la demanda puesta por Don Alonso de Quero, y para este efecto suplir la gran justificacion de V. S. los defectos, assi del Abogado que siguiò el pleyto, como del que ha hecho esta Allegacion, ex Ricc. *Collect*. 1019. *per totam*, ibi: *Iudex potest supplere ijs, quæ desunt advocatis*: Y assi lo esperan. Salvo J. O. V. D. C.

Lic. Don Ioseph Calvo.